

ASPECTOS DO PROBLEMA DO INTELLECTUALISMO NA PRÁXIS PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA QUANTO AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO

ASPECTS OF THE PROBLEM OF INTELLECTUALISM IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL PRACTICE AS TO THE EXERCISE OF THE CONTRADICTORY

Samara de Oliveira Pinho¹

RESUMO: Este trabalho tem por objeto o estudo da problemática entre a incorporação de uma visão intelectualista na construção do conhecimento jurídico e, mais especificamente, na própria previsão normativa, com a análise do exercício do princípio do contraditório na pragmática processual civil brasileira. Nesse contexto, busca-se apresentar incompatibilidades entre o aspecto teórico e prático da formulação do contraditório (formal e material), no âmbito da resolução processual de conflitos, de modo a contribuir com o refinamento de seus preceitos. Para tanto, realizar-se-á levantamento bibliográfico de obras e artigos de períodos quanto à temática, com fins de oferecer elementos para uma apreciação crítica e, nos limites deste trabalho, aprofundada.

Palavras-chave: Contraditório; intelectualismo; processo civil.

ABSTRACT: This work aims to study the problematic between the incorporation of an intellectualist vision in the construction of legal knowledge and, more specifically, in the normative forecast itself, with the analysis of the exercise of the contradictory principle in Brazilian civil procedural pragmatics. In this context, it seeks to present incompatibilities between the theoretical and practical aspects of the formulation of the contradictory (formal and material), in the scope of the procedural resolution of conflicts, in order to contribute to the refinement of its precepts. In order to do so, a bibliographical survey of works and period articles on the subject will be carried out, in order to offer elements for a critical appreciation and, within the limits of this work, to be deepened.

Keywords: Contradictory; intellectualism; civil lawsuit.

¹ Mestra em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista do CNPq. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

Na qualidade de norma-princípio, o contraditório demanda uma profunda análise teórica para que haja sua correta delimitação e consequente execução na pragmática processual. Ocorre, entretanto, que é natural que se conceba uma postura intelectualista quanto à construção do conhecimento jurídico, em específico, de modo a apartar os aspectos teóricos e práticos, gerando, assim, possíveis incompatibilidades.

Neste trabalho, buscar-se-á refutar esse posicionamento intelectualista, ante a própria aceção mais adequada de mente e possibilidades da cognição humana, com o escopo de desenvolver uma análise crítica de algumas disposições do Novo Código de Processo Civil – NCPC – que, a princípio, não apresentam problemas em sua estrutura teórica, mas que se revelam extremamente incongruentes na prática processual, podendo, inclusive, prejudicar a resolução de conflitos e à própria observância às garantias processuais.

Com efeito, a realização deste artigo tem por objetivo sanar os seguintes questionamentos: (i) de que forma e para qual fim o NCPC foi concebido?; (ii) o que significa o contraditório? (iii) o que é intelectualismo e de que maneira este afeta o exercício do contraditório? (iv) quais incompatibilidades teórico-práticas o NCPC apresenta quanto ao exercício do contraditório?

Para tanto, ao início, far-se-á uma breve exposição sobre o perfil do NCPC, tecendo-se críticas quanto à sua mera reprodução de normas constitucionais. Em seguida, o contraditório será abordado, de modo a analisar sua estrutura formal e material, com fins de estabelecer um conceito e finalidade para, então, ressaltar sobre o distanciamento de sua aceção essencialista.

Com mais atenção, intentar-se-á entender sobre o conceito de intelectualismo, atrelando-o à própria concepção de mente humana, culminando numa análise das problemáticas da incorporação teórica do contraditório no texto do NCPC, sem uma avaliação verdadeiramente pragmática, algo que ocasionou algumas das incompatibilidades estudadas neste trabalho.

A investigação será realizada pelo método descritivo, o qual possibilitará a análise, interpretação e valoração de toda a temática ora esboçada, no intuito de estabelecer seus pressupostos básicos, até atingir-se um resultado contundente e viável, por meio de levantamento eminentemente bibliográfico, considerando obras, dentre livros e artigos de periódicos.

2 BREVE ANÁLISE CRÍTICA DO PERFIL E OBJETIVOS DO NCPC/2015

A Lei n.º 13.105 de 2015, isto é, o (ainda) Novo Código de Processo Civil brasileiro – NCPC – surgiu com a finalidade precípua de solidificar e concretizar normas de caráter fundamental, estampadas pela Constituição Federal, para além de reformular a dinâmica da instrumentalização dos direitos, no sentido de, em decorrência, conferir maior qualidade e efetividade à própria tutela jurisdicional no âmbito da solução dos conflitos dos jurisdicionados.

A essa altura, a despeito do curto período de vigência do citado diploma processual civil, a explanação feita acima já se tornou ululante e repetitiva, no entanto, o próprio NCPC é óbvio e tautológico nesse tocante, vez que, sob o argumento de consagrar e incorporar direitos fundamentais, termina por tão somente reproduzir (em paráfrases dispositivas) as enunciações constitucionais respectivas de forma textual, ou seja, introduz expressamente normas já existentes e válidas no ordenamento jurídico brasileiro, as quais ocupam, inclusive, o topo da pirâmide normativa de aplicação (KELSEN, 2000).

De logo, afere-se que a inserção das normas constitucionais de natureza fundamental no NCPC, por si só, em nada altera o cenário anterior, considerando que tais normas já deviam ser plenamente obedecidas e aplicadas em todas as esferas de regulação, na medida em que seus efeitos irradiam por todo o ordenamento jurídico, vez que ostentam eficácia vertical e horizontal quanto aos

diplomas legais e aos destinatários (SILVA, 2008), sendo desnecessário que normas constitucionais recebam *status* de norma infraconstitucional para fins de suposta concretização. Isto manifesta-se como uma verdadeira inversão da hierarquização das normas.

A par da plena aplicabilidade dos direitos fundamentais, esta nova feição do diploma processual civil brasileiro não pode ser tomada como uma condicionante à obtenção da efetivação desses mesmos direitos, vez que não há relação de causa e efeito entre a reprodução de tais dispositivos a nível infraconstitucional e sua concretização no mundo factual da relação jurídico-formal. Assim, é equivocado falar em “constitucionalização” do Direito Processual, considerando que este, desde a promulgação da Constituição de 1988, já deveria estar sendo interpretado à sua luz, seja em caráter doutrinário ou legal.

Não é difícil notar que a enorme maioria das obras e artigos de periódicos que se propõem a estudar o NCPC levantam esta mesma questão, qual seja a concretização das normas fundamentais no âmbito do processo civil por meio da nova codificação (DIDIER JR., 2015), mas isso não é estranho, visto que o próprio legislador ordinário estabeleceu esse objetivo na Exposição de Motivos do Anteprojeto do NCPC, dispondo que se busca “[...] estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal e [...] criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”.

No entanto, a mera disposição expressa das normas constitucionais sobre direitos fundamentais, especificamente processuais, por si só, não lhes asseguram a concretude aguardada, de modo que o anseio pela positivação processual de direitos que albergam conceitos extremamente complexos e abstratos – como o são aqueles de caráter fundamental – demandariam uma reflexão maior sobre como se contemplaria sua aplicabilidade na prática processual civil brasileira. Acredita-se, porém, que isto não foi feito, sendo este o principal desígnio desta breve pesquisa.

Há vários aspectos sobre a dificuldade prática de implementação de alguns direitos fundamentais de forma plena e irrestrita que foram reproduzidos pelo NCPC, esclarecendo-se, de logo, que não se intenta afastar a possibilidade de aplicação integral dessas normas, até porque as mesmas, por sua natureza fundamental, são plenamente executáveis. Na verdade, objetiva-se realizar uma análise crítica sobre a incorporação desnecessária e, por vezes, apressada de algumas normas, quando se aprofunda sobre eventuais entraves práticos de sua concretização no “mundo” processual.

Dentre essas diversas problemáticas, optar-se-á, neste estudo, por conceder atenção à garantia do contraditório, considerando sua enorme repercussão em traços sensíveis do NCPC e do próprio deslinde das demandas, na medida em que o contraditório é caracterizador da relação jurídico-formal, não se admitindo processo sem que haja efetivo contraditório².

Nesse contexto, o NCPC intenta se apresentar com um perfil de maior eficiência e qualidade no que concerne à prestação da tutela jurisdicional, priorizando o julgamento do mérito e a concentração dos atos processuais, de sorte a também auferir mais celeridade ao transcurso do processo. Em contrapartida, com fins de inserir maior participação das partes na lide, o NCPC expressa, em muitos dispositivos legais, outros muitos momentos de intervenção direta dos interessados no processo, provocando paralizações no feito, as quais podem ser – após devida análise – totalmente dispensáveis por serem mal colocadas, sem haver qualquer efetiva mudança ante sua inserção e/ou retirada.

2 É a posição adotada neste trabalho, em consonância com a doutrina de Elio Fazzalari e Oskar Von Bülow, haja vista que o primeiro idealiza o processo como um procedimento (série concatenada de atos) em contraditório, sendo este decisivo para que um procedimento se torne processo (FAZZALARI, 2006.), e o segundo distingue a relação jurídica processual da material, esta objeto de discussão no processo e aquela o modo e a estrutura em que a discussão é desenvolvida, salientando ainda a publicização do processo (BÜLOW, 1964).

3 O QUE SIGNIFICA CONTRADITÓRIO?

Aquilo que se reputa como contraditório na esfera processual civil brasileira refere-se a um meio de manifestação do direito de defesa (em sentido amplo), ou seja, é mediante o contraditório que se exerce uma das mais significativas facetas do exercício do direito de defesa dentro do contexto de uma demanda judicial (COUTURE, 2001). O contraditório, portanto, encontra-se inserido na semântica da articulação, proteção e garantia da defesa processual.

Na qualidade de instrumento, o contraditório é extraído da dimensão formal do princípio do devido processo legal, este que norteia (ou deveria nortear) o desenvolvimento das relações jurídicas postas sob o exame judicial. Rapidamente, o devido processo legal é um princípio constitucional que fixa um conjunto de mecanismos indispensáveis ao mais adequado exercício do direito de ação e de defesa, visando a proteção de direitos e garantias fundamentais (dimensão formal) e, além disso, estabelece critérios de atuação estatal, sob os mantos da razoabilidade e proporcionalidade, no sentido de evitar decisões e medidas arbitrárias (dimensão material) (ÁVILA, 2008).

Dessa forma, não é possível que alguém tenha seus bens e/ou sua liberdade restritos sem o integral respeito ao devido processo legal, na medida em que a própria Constituição Federal estabeleceu a essencialidade da aplicação desse princípio sobre o curso de qualquer processo.

Por sua vez, dentro do cenário do aspecto formal do devido processo legal, o contraditório também visa a assegurar o transcurso regular de todo e qualquer processo, o qual, como dito, sem a observância do contraditório, não pode ser considerado como tal, havendo dois perfis pelos quais o contraditório se desdobra, assim como o devido processo legal, isto é, formal e substancial (material), de modo que:

(a) O perfil formal do contraditório exige que as partes sejam devidamente comunicadas de cada ato ou evento que ocorra no decorrer da demanda, devendo serem realizados atos de comunicação apropriados (citação e intimação), evitando-se qualquer impulso no processo sem que os interessados tenham adequado conhecimento; (b) O perfil material compreende o direito das partes em serem oportunizadas de participar de cada ato processual sucedido na lide, podendo intervir diretamente por meio de seus argumentos e provas, no sentido de influenciar o convencimento do próprio julgador, implicando no dever deste em considerar as reações, complementações e assertivas dos interessados na formação de sua convicção e, por consequência, em sua decisão (NERY JR., 2009).

Diante da definição acima exposta, a norma que regulamenta o exercício do contraditório é identificada, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, na qualidade de norma-princípio, na medida em que se considera, majoritariamente, a clássica dicotomia das espécies de normas, quais sejam regras e princípios. Dessa forma, ao passo que as regras se expressam como mandados definitivos, os princípios se expressam como mandados de otimização, isto é, as primeiras prescrevem exatamente a forma que devem ser aplicadas, na exata medida de sua prescrição; já a segunda espécie é compreendida como norma que deve ser aplicada na maior medida possível, diante do caso concreto, havendo uma espécie de intensidade de aplicação diante da amplitude da previsão normativa perante o caso concreto (ALEXY, 1997).

O autor Robert Alexy entendeu, pois, que as regras e os princípios não possuem uma diferença apenas em grau de generalidade ou abstração, mas sim uma diferença qualitativa (ALEXY, 2008), justificada pela diferente forma de implementação desses tipos normativos, de modo que a doutrina e a jurisprudência brasileira têm clara inclinação à teorização deste autor no que concerne à conceituação e distinção da norma jurídica, razão pela qual o contraditório é tomado como princípio, devendo, portanto, ser aplicado segundo a otimização de seus preceitos na situação em concreto.

Disto, obtém-se que, em razão de seu caráter “otimizante”, em termos de aplicação, o contraditório não é, portanto, absoluto, havendo limites em sua concretização que serão estabelecidos pelas próprias peculiaridades do caso específico, o qual tem o condão de absorver a medida e a intensidade de

efetivação do contraditório e, igualmente, afastar o seu alcance; sempre com o objetivo de manter o equilíbrio entre os aspectos formal e material do contraditório, no âmbito da prestação da tutela jurisdicional.

3.1 Do tratamento essencialista (e equivocado) do contraditório

Antes de prosseguir e com base em tudo ora analisado, ressalta-se que o contraditório não é algo, mas significa e serve para algo, vez que não se trata de um “ser” ou de um ente concreto, mas sim de um conceito, afastando-se, de logo, o tratamento essencialista, que muito pode gerar confusões e equívocos quanto à análise do contraditório. Na verdade, o tratamento essencialista do contraditório é o principal motivo de uma teorização errônea quanto à sua própria utilização prática, em alguns dos aspectos do NCPC, conforme restará demonstrado doravante neste trabalho.

Esclarece-se que o “essencialismo” diz respeito a uma corrente filosófica cuja questão principal é designar as propriedades de algo para ser caracterizado como tal no mundo concreto (OLIVEIRA, 2015), a exemplo de uma caneta, cadeira, etc., considerando que, no primeiro caso, caneta seria aquele objeto pequeno, com espessura fina, com tampa e ponta; enquanto que a cadeira seria aquele objeto com quatro “pernas”, com apoio para as costas e um assento.

Tratar o contraditório dessa forma acarreta a ideia equivocada de que tal princípio e suas propriedades são tangíveis, ou melhor, que o contraditório tem, de fato, propriedades e itens específicos que podem ser enumerados e incorporados a uma espécie de “ser” do contraditório, este que seria supostamente imutável. Na verdade, o contraditório não “é”; ele significa e serve para algo, sendo, portanto, um conceito abstrato ou até mesmo uma ficção criada pelo próprio Direito na viabilização de uma garantia processual de defesa. Nessas condições, o contraditório significa algo (que já foi dito) e serve a algo também, exibindo diversas interpretações e compreensões.

Distanciada a ideia de “coisificação” do contraditório, é possível denotar que o NCPC, com o escopo de firmar a dimensão material na esfera processual civil, falha justamente pelo tratamento essencialista de tal princípio, na medida em que estabelece normas que abrangem o exercício do contraditório as quais, em um caso concreto, podem não ser efetivamente observadas, de modo a, inclusive, prejudicar o transcurso processual, conforme ainda restará abordo neste trabalho.

Lembra-se, ainda que a Ciência Jurídica lida tão somente com a percepção dos fatos, não sendo possível atingi-los diretamente, segundo um constante exercício de deduções, induções e inferências para alcançar o resultado mais adequado, salientando-se, mais uma vez, o caráter conceitual e abstrato do contraditório, bem como a impossibilidade de atingir sua essência, considerando que esta não existe, já que o contraditório não é um “ser”, mas um “meio”.

4 ASPECTOS DO INTELECTUALISMO E SUA INFLUÊNCIA NA PRÁXIS PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA

Decorrente de um tratamento essencialista – não apenas do contraditório, mas das normas e institutos jurídicos em geral – pode-se incorrer num vício de abordagem eminentemente intelectualista de conceitos naturalmente abstratos, acarretando na não visualização atenta de sua articulação no “mundo” prático e, especificamente, na dinâmica da práxis processual civil brasileira.

O intelectualismo diz respeito à compreensão de uma determinada postura que insiste em bipartir o aspecto teórico do aspecto prático da construção do conhecimento, a qual é criticada por Gilbert Ryle, em sua obra *The Concept Of Mind*, na qual referido autor disserta sobre a ligação tradicional entre o intelecto e a operação de teorizar, sustentando que a suposição de que o comportamento inteligente sempre depende de uma atividade teórica gera um ciclo vicioso de regresso à teoria e desprezo às atividades concretas, em consequência (RYLE, 2009).

A “lenda” intelectualista, portanto, faz com que as pessoas acreditem que há a necessidade

de incorporar dois processos separadamente: “o teorizar” e “o fazer”, não havendo uma confluência entre os ambos ou nem mesmo interação mínima, devendo ser definidos como processos paralelos (RYLE, 2009). Este entendimento culmina em sérios problemas no que tange à produção do conhecimento científico e à própria formulação de soluções aos problemas respectivos, tendo em vista que afeta negativamente a forma de transmissão do ensino e, conseqüentemente, à aprendizagem, na medida em que:

- (a) Tende-se a propor teorias apartadas da realidade na qual buscam ser inseridas e aplicadas, não se encontrando, ao final, utilidade às construções teóricas formuladas inicialmente;
- (b) Afasta-se a importância da análise pragmática dos problemas e possíveis soluções;
- (c) Por conseguinte, ignoram-se as vicissitudes decorrentes dos próprios aspectos concretos da utilização de determinada teoria;
- (d) Restringe-se (ou corre o risco de assim o fazer) às proposições meramente ideológicas, por se concentrar em discussões teóricas;
- (e) Arrisca-se a, em consequência do item anterior, afetar-se por problemas éticos, em defesa de posições teóricas-doutrinárias, de modo a enrijecer e não permitir possíveis mudanças de entendimento que podem considerar repressões práticas;
- (f) Gera uma crise interpretativa das diversas teorias, em detrimento de sua análise prática e concreta.

Enfrentar essas duas atividades de forma cindida (teorizar e fazer) não é a postura mais adequada aos desígnios da Ciência, portanto, uma vez que interfere negativamente na aplicação prática do que fora formulado estritamente em termos teóricos, considerando que a habilidade de se fazer ou tomar determinadas ações, de acordo com as instruções estabelecidas, necessita, igualmente, da compreensão dessas mesmas instruções e do vislumbre prático de suas conseqüências, sendo equivocado imputar à operação intelectual como algo apenas de caráter teórico e imaginário, isto é, exclusivamente “dentro da cabeça” (RYLE, 2009). A atividade intelectual é, pois, interna e externa, de saber e de fazer e, na nomenclatura de Ryle (2009): *know how* e do *know that*.

Ou seja, não basta entender a aplicação de determinada noção, mas sim entender a sua própria aplicação em si. No caso específico deste trabalho, não basta entender a conceituação do contraditório, mas sua forma de exercício e extensão na prática processual, para que não se incorram em previsões normativas que não atendem às urgências da realidade ou, se supostamente atendem, não podem ser efetivamente executadas.

O intelectualismo é uma ideia decorrente da própria compreensão errônea de mente humana, que ainda é bastante seguida no campo da Ciência em função do prestígio de Descartes, o qual difundiu uma concepção precipitada de mente, sendo esta questão praticamente ignorada no âmbito da literatura jurídica, apesar de ter extrema relevância e correlação com o que o Direito se propõe a estudar e discutir.

O pensamento cartesiano diz respeito à festejada formulação de René Descartes: “Penso, logo existo” (*Cogito, ergo sum*), que definiu a mente humana como algo separado de todo o seu organismo, ou seja, a mente seria um ambiente que não se confundiria com o corpo, coexistindo dois aspectos, sendo um físico (mente) e um não físico (corpo), havendo uma cisão entre mente e corpo (CAPRA, 2006).

Conforme adiantado, esta concepção é, no entanto, equivocada, tendo em vista que limita bastante as possibilidades da ação humana e de sua própria capacidade de raciocinar, ignorando as influências eminentemente corpóreas e naturais, razão pela qual apresentar a racionalidade como aspecto diverso do corpo fora uma falha cometida por Descartes (DAMÁSIO, 2012), na verdade, o pensamento racional está diretamente ligado às exteriorizações corpóreas.

Dessa forma, há duas correntes de compreensão sobre o conceito de mente humana,

a não-corpórea e a corpórea. A primeira entende a mente humana nos moldes de um computador, como se a mesma estivesse desprendida do próprio corpo e este fosse um receptor de informações produzidas não fisicamente (FELTES, 2007); ao passo que a segunda admite que mente e corpo não podem ser cindidos, agindo conjuntamente, razão pela qual o organismo e a mente são unos, na medida em que o indivíduo incorpora os conceitos mentalmente congregados, mas também os desenvolve consoante o funcionamento do próprio corpo (FELTES, 2007).

Este trabalho, assim, filia-se ao segundo entendimento de “mente-corpórea” justamente em razão da limitação que uma “mente não-corpórea” acarreta, sobretudo, pela sua imprecisão e distanciamento da realidade, vez que o indivíduo não separa sua atividade mental de sua atividade corporal, ambas se encontram intimamente ligadas e simultaneamente impulsionadas, com base nas considerações feitas acima.

Em reforço a esse posicionamento, Gilbert Ryle (2009) também discorre sobre a compreensão inicial de que a mente estaria, supostamente, separada da própria matéria do indivíduo, havendo uma distinção entre “mundo” interno e externo, em que o primeiro corresponderia aquilo que não se podia, a princípio, acessar e o segundo referia-se àquele aspecto externado pelas condutas humanas. O autor considerou que, na verdade, Descartes cometera um erro de categoria ao supor que a mente e corpo fizessem parte de categorias diversas quando, na realidade, seriam itens intrínsecos e indissociáveis um do outro (RYLE, 2009).

Ryle preconiza, nesse sentido, que o pensar e o agir não são manifestações diferentes das condutas do homem, este, ao agir (andar, correr, levantar o braço, etc.) e ao raciocinar (pensar em um cálculo matemático, por exemplo) não está executando dois eventos diferentes, mas tão somente um. Em prosseguimento, Ryle (2009) expõe, ainda, uma crítica veemente ao que denominou de “mito do fantasma da máquina”, isto é, à concepção que identificava a mente como um lugar no qual existem pensamentos secretos e inatingíveis, ao refutar a tese de que o intelecto estaria ligado apenas ao fenômeno da teorização e não da prática.

Este autor introduziu, assim, os aspectos já mencionados do *know how* e do *know that*, os quais dispõem sobre a necessária compreensão de que a mente não é um espaço alheio ao corpo, na medida em que o homem, ao formular uma teoria, *v.g.*, compreende-a e concebe-a em razão da interação de seu organismo com o meio e consigo mesmo, ou seja, não há pensamento ou raciocínio desprendido do próprio aspecto material do indivíduo, sendo irrelevante as causas ocultas da mente.

Dessa forma, a manutenção de uma concepção intelectualista na Ciência e, especificamente, no âmbito do Direito não é considerada a mais adequada, vez que não encontra base sequer na aceitação de mente humana aceita pelos autores atuais, além de divergir essencialmente da forma como o ser humano procede em sua vivência.

4.1 Das incompatibilidades práticas entre o exercício do contraditório e sua formulação teórica (no âmbito do NCPC)

No ambiente jurídico especialmente, o intelectualismo deve ser afastado, em virtude de, nessa seara, os aspectos teóricos e práticos terem íntima conexão, não sendo passíveis de qualquer desvinculação, sob pena de arriscar-se a não obter o resultado mais adequado, ante a avaliação incorreta de uma situação em abstrato que não fora razoavelmente bem formulada para aplicação em concreto.

A teoria e a prática devem formar uma unidade, mormente dentro do cenário de um processo judicial, cujos acontecimentos inicialmente imaginados têm repercussão significativa no mundo prático. Este trabalho, ao considerar as impropriedades do intelectualismo, visa enfrentar algumas imposições legais do NCPC frente à impossibilidade ou dificuldade de implantar a observância do exercício

do contraditório, de modo a apontar as incompatibilidades entre a formulação teórica deste princípio – que já fora apresentada – e sua concretização, em atenção às disposições do NCPC.

Esclarece-se que essas incompatibilidades são decorrentes da própria limitação da cognição humana que não concebe a delimitação exaustiva de conceitos, uma vez que a descrição da realidade não pode ser apreendida, em sua totalidade, por um conceito, sendo este é restrito, na medida em que a apreensão abstrata do que significa algo não é suficiente para representar sua ocorrência no mundo real (CAPRA, 2006). A idealização de algo, por si só, não provoca efeitos literais na realidade, razão pela qual a estruturação de um raciocínio com base naturalmente em conceitos, como é o caso do processo judicial e do contraditório, já enfrenta a problemática da correspondência e da aproximação com a realidade.

Dessa forma, a ausência ou a superficialidade de uma visualização prática de determinada proposição teórica culmina em sua própria insuficiência e impossibilidade, tonando a relação “prático-teórica” difícil e, por vezes, incompatível, motivo pelo qual se assevera que “compreender é adestrar-se a determinada práxis, é inserir-se em determinada forma de vida” (OLIVEIRA, 2015), ou seja, o entendimento abstrato está diretamente vinculado a uma ocorrência real, para que seja mais completo.

A mera reprodução ou transposição do conceito abstrato do princípio do contraditório em determinadas normas legais, como o fez o NCPC, sem a devida análise real, pode gerar problemas práticos de difícil resolução, dos quais serão apontadas duas situações identificadas na nova sistema processual civil brasileira que simbolizam essa incompatibilidade teórico-prática, a saber:

(a) Quanto à finalidade e à natureza do instituto da tutela antecipada: o art. 10³ do NCPC acaba por desconstruir o propósito para o qual a tutela antecipada fora criada, isto é, encurtar provisoriamente o deslinde processual, sem que a parte interessada fosse prejudicada pelo decurso natural do tempo da demanda, vez que o dispositivo legal em apreço determina que o julgador não pode, em qualquer grau de jurisdição, decidir, sem que tenha dado oportunidade às partes de se manifestar sobre o fundamento utilizado;

(b) Quanto às decisões que podem ser tomadas de ofício, ou seja, sem qualquer impulso das partes: o mesmo art. 10 do NCPC, como visto, dispõe que não é permitido que o magistrado decida, inclusive sobre matéria que poderia deliberar de ofício, sem que seja dada oportunidade às partes de se manifestar.

Com mais vagar, aprofunda-se na problemática das duas situações acima. No que concerte ao item “a”, pela literalidade e interpretação do art. 10 do NCPC, tem-se que, ainda que a parte requeira a concessão da tutela antecipada liminarmente e sem oitiva das partes, como permite o art. 300, §2º⁴ do NCPC, em obediência ao art. 10 do mesmo Código, caso seja interpretado de forma literal, o magistrado não poderá o fazê-lo, considerando a possibilidade de nulidade de sua decisão, já que este artigo proíbe ao juiz de decidir sem a prévia oitiva das partes sobre os fundamentos de sua deliberação.

Assim, a possibilidade de concessão de tutela antecipada em caráter liminar não poderá ser efetivada, ante o risco de nulidade da decisão que o fizer sem a observância do art. 10 do NCPC, algo que frustra e desnatura o próprio instituto da antecipação dos efeitos da tutela liminar, sujeitando a parte que dela precisava ao aguardo do transcurso do prazo para a parte adversa responder e do próprio processo, correndo-se o risco de, até mesmo, perder o efeito prático da tutela jurisdicional pretendida.

3 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

4 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Apesar de o §1º, inciso I, do art. 9º do NCPC estabelecer que, em hipótese de tutela provisória de urgência, poderão ser proferidas decisões contra uma das partes, sem que sejam ouvidas previamente, essa disposição não exclui ou se isenta da observância do art. 10 mencionado, vez que este regula a atuação do julgador quanto à sua vedação de prolação de decisão com base em fundamento não discutido entre as partes e isso pode perfeitamente ocorrer na hipótese de tutelas provisórias de urgência.

Desse modo, se, por exemplo, o juiz proferir uma decisão de tutela de urgência sem oportunizar que a parte contrária possa se manifestar, claramente, decidira com base em fundamento não contraditado entre os interessados e, por via de consequência, agira adverso às disposições do art. 10 do NCPC. A prática processual, inclusive, demonstra que o julgador antes mesmo da promulgação do NCPC, geralmente, intimava a parte contrária antes de decidir sobre tutela provisória de urgência requerida liminarmente e, com a disposição do art. 10 do NCPC, a tendência é que isso será a regra.

Percebe-se, ainda, um contrassenso na redação do art. 10 NCPC e, portanto, em sua própria formulação teórica, vez que determina que o juiz deve oportunizar às partes de se manifestar sobre fundamento da decisão que ainda irá prolatar, ou seja, determina que o juiz adiante seu possível fundamento, para que as partes possam tecer suas considerações. No entanto, questiona-se: no momento em que o magistrado proferir sua decisão já não será concedido devido momento para que as partes possam se manifestar e até mesmo se insurgir, por meio de uma impugnação, contra os fundamentos daquela decisão? Isso é o que manda o preceito do próprio dever de motivação das decisões judiciais, que permite aos interessados controlar eventuais decisões equivocadas e arbitrárias.

Não se despreza a importância do exercício do contraditório no âmbito do processo judicial civil, muito pelo contrário, as facetas formais e materiais deste princípio são indispensáveis para o transcurso regular de qualquer processo, contudo, nessa situação em específico, denota-se a incompatibilidade prática entre a urgência concreta da antecipação dos efeitos da tutela e a previsão formal da necessidade de se ouvir a outra parte – algo que, como dito, desvirtua a finalidade do instituto da tutela antecipada.

No que tange ao item “b”, o mesmo raciocínio acima desenvolvido é aplicado, vez que o magistrado fica impossibilitado de proferir decisões sobre matérias de ofício sem, antes, ouvir as partes – algo que, mais uma vez, alonga o deslinde processual desnecessariamente, afetando a razoável duração do processo, pois. O exercício do contraditório antes da prolação de decisões sobre matérias de ofício não se justifica na prática, haja vista que, novamente, caso a parte não se satisfaça com o posicionamento do julgador, a mesma pode perfeitamente apresentar um meio de impugnação.

Nessa situação vislumbrada pelo legislador do NCPC, ocorrem quatro atos ao invés de somente dois: (i) o juiz concede oportunidade à parte de se manifestar sobre a matéria de ofício a ser decidida; (ii) a parte se manifesta sobre o assunto; (iii) o juiz prolata sua decisão e, em seguida, (iv) a parte pode se insurgir contra a mesma decisão. Na hipótese original: (i) o juiz decidia sobre a matéria de ofício e (ii) a parte tinha a oportunidade de se manifestar sobre o tema e insurgir-se, ao mesmo tempo.

Adianta-se o argumento contrário de que a nova disposição processual contempla um debate melhor qualificado entre as partes do processo, inclusive o juiz, porém, isso não é sustentável ao considerar-se que, nas duas circunstâncias acima, não há qualquer impedimento do exercício do contraditório sobre a matéria de ofício, na verdade, otimizam-se os atos processuais com vistas a compactar

5 Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

todos eventos, sem a observância dos preceitos do devido processo legal.

Assim, não se critica o exercício do contraditório, mas pondera-se sobre sua utilização exacerbada em situações naturalmente incompatíveis, justamente pela natureza do instituto, como o é na tutela antecipada e nas decisões sobre matéria de ofício.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo lançou-se no desafio de estabelecer uma breve análise sobre a problemática da adoção do intelectualismo no cenário processual civil brasileiro, consoante a promulgação do Novo Código de Processo Civil – NCPC – e, especificamente, quanto às disposições legais previstas para a concretização do contraditório no âmbito da tutela jurisdicional.

Primeiramente, observou-se que, embora o objetivo primordial do NCPC fosse a concretização das normas constitucionais na seara processual civil, na verdade, este diploma normativo não passou de apresentar uma série de dispositivos legais tautológicos e desnecessários, tendo em vista a supremacia da Constituição Federal e sua irradiação de efeitos por todo o ordenamento jurídico. Ainda que se considere, de boa vontade, essa busca pela harmonização e concretização de preceitos processuais constitucionais, o NCPC trouxe alguns problemas de caráter prático que não foram bem formulados em nível teórico.

Analisou-se, então, as dimensões (formal e material) do contraditório, rememorando-se suas significações e utilidades, a saber: (i) cientificar e comunicar às partes interessadas sobre todos os eventos desenvolvidos na demanda e (ii) oportunizar que as mesmas se manifestem sobre tais acontecimentos e influam diretamente no convencimento do julgador quando de seu ato de deliberação. O contraditório, na condição de uma norma-princípio do ordenamento jurídico brasileiro, não é algo em abstrato, mas serve para algo, não podendo ser tratado de forma essencialista, sob pena de não ser compreendida sua correta extensão.

Atrelado ao tratamento essencialista do contraditório, constatou-se o equívoco da incorporação do intelectualismo no âmbito das normas processuais, de modo a dividir-se o pensamento necessariamente em duas etapas: a teorização e a prática, quando, em verdade, esses dois aspectos são indissociáveis, devendo ser tomados como uma unidade, para que não se incorra em incompatibilidades quanto à relação “teórico-prática”.

Apresentou-se, de forma específica, duas problemáticas encontradas no âmbito do NCPC no que concerne à incongruência da teorização do contraditório e seu exercício prático, a saber, quanto ao instituto da tutela antecipada em caráter liminar e às decisões que podem ser tomadas de ofício frente à previsão do art. 10 do NCPC. Percebeu-se que, nessas duas hipóteses, a má formulação teórica do contraditório no disposto legal citado desnaturava a utilidade e finalidade da tutela antecipada e alargava o deslinde processual, desnecessariamente, no que tange às decisões tomadas sobre matérias de ofício.

A crítica exhibe-se indispensável – não para desprezar ou reprovar o perfil do NCPC e seu apelo ao princípio do contraditório – mas para esclarecer sobre problemas não solúveis constatados na prática processual civil brasileira em razão de uma formulação teórica apartada da realidade, denotando-se uma postura, por vezes, intelectualista do legislador, que não deve ser mantida.

Deve-se, portanto, buscar a delimitação correta de um conceito, porém sempre com o vislumbre no mundo prático, para não incorrer em incompatibilidades que impeçam a aplicação que

fora inicialmente concebida, ou seja, é preciso harmonizar-se a teórica e a prática e, consequentemente, obter-se-á uma proximidade com as possibilidades da realidade e com os limites cognitivos das partes e do juiz.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n.163, p. 50-59, set. 2008.

BRASIL. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1964. 313 p. Clasicos Del derecho procesal.

CAPRA, Fritijof. *O ponto de mutação*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006.

COUTURE, Eduardo Juan. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. 2 reimp. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. *Semântica Cognitiva: ilhas, pontes e teias*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 415 p.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 4 ed. São Paulo: Loyola, 2015 (Coleção Filosofia).

RYLE, Gilbert. *The concept of mind*. London: Routledge, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

Recebido em: 24/08/2017

Aprovado em: 12/03/2018

Como citar este artigo (ABNT):

PINHO, Samara de Oliveira. Aspectos do problema do intelectualismo na prática processual civil brasileira quanto ao exercício do contraditório. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.34, p.XXX-XXX, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/07/DIR34_04.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.